

El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros sin autorización de residencia tras la STC 139/2016, de 21 de julio¹

Luis E. Delgado del Rincón

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Burgos: ldelgado@ubu.es

RESUMEN

La STC 139/2016, de 21 de julio, ha resuelto un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra contra determinados preceptos del Decreto-ley 16/2012. En el trabajo se analizan críticamente algunas de las cuestiones que se abordan en la resolución constitucional: el cumplimiento del requisito del presupuesto de hecho habilitante de la norma impugnada, esto es, la extraordinaria y urgente necesidad; el respeto por el Decreto-ley del límite material de no afectación a los derechos, deberes y libertades constitucionales de los ciudadanos y la cuestión principal, si el art. 1.1 del Decreto-ley 16/2012, que excluye de la asistencia sanitaria pública al colectivo vulnerable de los extranjeros sin autorización de residencia, vulnera el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE

PALABRAS CLAVE

Derechos sociales. El derecho a la salud. Asistencia sanitaria. Extranjeros irregulares. Legislación de urgencia

I. INTRODUCCIÓN

En 2012 el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Como se dice en su Exposición de Motivos, para dotar al Sistema Nacional de Salud de “solvencia y viabilidad” es preciso llevar a cabo una “reforma estructural”, acometiendo, entre otras medidas, una nueva regulación de la condición de asegurado y beneficiario y una reestructuración de la cartera común de servicios y prestaciones. La regulación de la condición de asegurado, que conlleva la modificación del art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud

¹ Este trabajo se realiza en el marco de los Proyectos de Investigación DER2016-76392-P, sobre "Fundamentos teóricos del neoconstitucionalismo: un modelo jurídico para una sociedad global" (2017-2019) y DER2016-75993-P, sobre "España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos" (2017-2020).

(LCCSNS) y del art. 12.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX)², excluye de la atención sanitaria pública y gratuita a los extranjeros que carezcan de autorización de residencia, aunque estuvieran inscritos en el Padrón municipal, salvo en los casos “de urgencia por enfermedad grave o accidente; de mujeres embarazadas, en la “asistencia al embarazo, parto y postparto” y de “los menores de dieciocho años”³.

La aprobación del Decreto-ley 16/2012, cuyo contenido ha sido cuestionado en la doctrina⁴ y en informes de organismos nacionales e internacionales⁵, es una manifestación más del uso desmedido y abusivo que ha hecho el Gobierno de esta norma de excepcionalidad, sobre todo, en las últimas legislaturas⁶. Creo que las reformas de la LOEX y de la LCCSNS, por su entidad y por la materia regulada, debieran de haberse llevado a cabo mediante un proyecto de ley del Gobierno, tramitándose en las Cortes por el procedimiento legislativo ordinario o de urgencia, dando lugar a un debate parlamentario más amplio y participativo sobre la reforma sanitaria introducida por el Decreto-ley 16/2012.

Algunas Comunidades Autónomas presentaron en su día un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Decreto-ley 16/2012 (Navarra, Asturias, Andalucía, País

² Vid. el art. 1.1 del Decreto-ley 16/2012, en relación con el art. 1.2 y la Disposición transitoria primera.

³ Cfr. el art. 3 ter LCCSNS, añadido por el art. 1.3 del Decreto-ley 16/2012 y la Disposición final tercera de este Decreto-ley, que modifica el art. 12 LOEX.

⁴ Vid. entre otros autores: LEMA AÑÓN, C. (2014) ‘La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo?, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 31; BELTRÁN AGUIRRE, J.L. (2014), “Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5; DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (2014): “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 163; SOBRINO GUIJARRO, I. (2013), “Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España”. *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, nº 2, vol. 3; SOLANES CORELLA, Á. (2014), “La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica”, *Derechos y Libertades*, nº 31; AGUADO I CUDOLÀ, V. y PRADO PÉREZ, R. (2014), “Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del Estado del bienestar”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99-100.

⁵ Cfr., por ejemplo, Comité Europeo de Derechos Sociales, del Consejo de Europa (2013), *Informe sobre la conformidad de la legislación de los países miembros con la Carta Social Europea: CONCLUSIONS XX-2* (2013), *European Social Charter European Committee of Social Rights (Spain)*, January, 2014. También pueden encontrarse censuras a las medidas introducidas por el Decreto-ley 16/2012 en documentos de instituciones y organizaciones nacionales como las Recomendaciones contenidas en el Defensor del Pueblo (2013), *Informe anual a las Cortes Generales*, pp. 263-266

⁶ Sobre la utilización abusiva y desviada (con datos de la práctica) del decreto-ley y sus causas, vid. ARAGÓN REYES, M. (2016), *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid, Iustel, pp. 9-53; MARTÍN REBOLLO, L. (2015), “Uso y abuso del Decreto-Ley (un análisis empírico)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 174, pp. 23-92 y CARMONA CONTRERAS, A. M^a. (2013), “El decreto-ley en tiempos de crisis”, *Revista catalana de dret públic*, nº. 47, pp. 9-16.

Vasco, Cataluña y Canarias). Invocaban, entre otros motivos, que la nueva regulación de la condición de asegurado o de beneficiario vulneraba el derecho a la protección a la salud del art. 43 de la CE, en relación con el derecho a la igualdad del art. 14 CE y el art. 10 CE.

El Tribunal Constitucional ha resuelto, hasta la fecha, dos de los recursos de inconstitucionalidad presentados, los promovidos por el Parlamento de Navarra y por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, en las SSTC 139/2016, de 21 de julio y 183/2016, de 3 de noviembre. Nos interesa, por el tema que abordamos en este trabajo, la STC 139/2016, de 21 de julio. En ella, el Parlamento Foral plantea dos bloques de impugnaciones. El primero está relacionado con la utilización del decreto-ley y la posible vulneración de algunos de los requisitos exigidos por el art. 86.1 CE: la no concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad y no respetar los límites materiales que el precepto constitucional impone a la legislación de urgencia, en particular la afectación a los derechos, deberes y libertades constitucionales y al régimen de las Comunidades Autónomas. El segundo tipo de impugnaciones, de carácter sustantivo, se refiere a la posible infracción por algunos artículos del Decreto-ley 16/2012 del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, en particular aquellos que dejan fuera del sistema sanitario público a determinados colectivos como el de los inmigrantes que carecen de autorización de residencia.

Veamos primero las cuestiones relacionadas con los requisitos exigidos por el art. 86.1 CE y después la cuestión sustancial sobre la vulneración del derecho del art. 43 CE.

II. EL DECRETO-LEY 16/2012 CUMPLE EL PRESUPUESTO DE HECHO HABILITANTE DE LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD

El Parlamento de Navarra alega en su demanda que algunos preceptos del Decreto-ley 16/2012 no cumplen el requisito del art. 86.1 CE del presupuesto de hecho habilitante sobre la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad. Considera que la utilización del Decreto-ley por el Gobierno obedece a problemas de gestión sin que se acrediten “unas circunstancias extraordinarias, imprevisibles y urgentes (...), ni tampoco (...) una conexión de sentido entre [la situación de urgencia] y las medidas que se adoptan”. El “objetivo fundamental de la norma es afrontar una reforma estructural [no coyuntural] del Sistema

Nacional de Salud (...) con visos de permanencia”, basándose para ello en “consideraciones sumamente generales”⁷.

El Tribunal Constitucional, continuando con la interpretación flexible que ha realizado sobre el presupuesto legitimador del decreto-ley⁸, analiza dos de sus elementos y establece las siguientes conclusiones:

1ª) De la Exposición de Motivos y del debate parlamentario de convalidación, el Gobierno ha explicitado de forma suficiente las razones que justifican la extraordinaria y urgente necesidad. Así, a juicio del Tribunal, se aportan razones de carácter general como “la existencia de una situación de grave dificultad económica en el Sistema Nacional de Salud (...), con una alta morosidad y un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias” y razones concretas como la extensión por “las Comunidades Autónomas (...) del derecho de cobertura sanitaria de forma diversa” y “la falta de adaptación de la legislación española a la normativa europea”, que “ha abierto las puertas a los abusos del llamado turismo sanitario” (FFJJ 3 a 5).

2ª) En relación con la necesaria conexión entre la situación de urgencia definida (insostenibilidad económica del Sistema Nacional de Salud) y las medidas concretas adoptadas para subvenir a ella (la regulación de la condición de asegurados del Sistema Nacional de Salud que deja extramuros de la asistencia sanitaria a ciertos colectivos como los extranjeros en situación irregular), el Tribunal Constitucional considera que son medidas coherentes y congruentes con los problemas que tratan de solucionar, la reducción de los gastos y la viabilidad del sistema sanitario (FJ 5).

En nuestra opinión, en el supuesto examinado, el Gobierno ofreció un razonamiento muy somero, general e insuficiente, basado en razones ligadas a la crisis económica pero sin la motivación suficiente; sobre todo, respecto de la medida concreta aprobada por el Decreto-ley de regulación de la condición de asegurado y de exclusión de la atención sanitaria a los extranjeros empadronados en situación administrativa irregular. Así puede deducirse de la Exposición de Motivos y del debate de convalidación de la norma, en el que la Sra. Ministra

⁷ Así lo deduce la parte recurrente de la memoria del Decreto-ley 16/2012, de su Exposición de Motivos y del debate parlamentario de convalidación (Antecedente 2, b).

⁸ Sobre el carácter laxo del control de constitucionalidad acerca del presupuesto de hecho habilitante y la evolución jurisprudencial de esta doctrina, *vid.* ARAGÓN REYES, M. *Uso y abuso...*, ob. cit., pp. 71-86 y DE LA IGLESIA CHAMORRO, A. (2013), “Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, nº. 2, pp. 72-74

de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad reitera prácticamente lo expuesto en el Preámbulo, mezclando problemas diferentes como el de la exclusión de la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación administrativa irregular y el del turismo sanitario.

III. EL DECRETO-LEY 16/2012 NO INFRINGE EL LÍMITE MATERIAL DEL ART. 86.1 CE DE NO AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DEL TÍTULO I DE LA CONSTITUCIÓN

Otra infracción que, relacionada con el art. 86.1 CE, alega el Parlamento de Navarra es que algunos de los preceptos del Decreto-ley 16/2012 exceden de los límites materiales que la norma constitucional impone al decreto-ley, al afectar a los derechos y libertades de los ciudadanos reconocidos en el Título I de la CE. Y es que para el Parlamento Foral, la nueva regulación por el art. 1.1 y 2 del Decreto-ley 16/2012 de la condición de usuario y beneficiario del Sistema Nacional de Salud, dejando fuera a los inmigrantes en situación administrativa irregular, es un elemento esencial del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE que no puede ser regulado por decreto-ley. Infringe, por lo tanto, la imitación establecida en el art. 86.1 CE (Antecedente 2.a).

El Tribunal Constitucional, por el contrario, entiende que no existe una vulneración del límite material del art. 86 CE de afectación a los derechos y libertades del Título I de la CE por los siguientes motivos:

1º) Porque el Tribunal no es partidario de una interpretación amplia de este límite material del art. 86.1 CE, de tal modo que suponga una inutilidad o un “vaciamiento de la figura del decreto-ley (FJ 6)⁹.

2º) Porque por su ubicación sistemática en la Constitución, el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE es un principio rector de la política social y económica y no un derecho con un contenido esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia (FJ 6, a) y b).

Discrepo de la conclusión a la que llega la mayoría del Pleno del Tribunal y comparto la tesis y el razonamiento expuesto por el magistrado Valdés Dal-Ré, en el Voto particular que formula a la sentencia. La sentencia parece dar a entender que el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE por ser un principio rector, un derecho social, queda excluido de la

⁹ El Tribunal resume la doctrina fijada por él, que se recoge, entre otras decisiones, en el ATC 179/2011, de 13 de diciembre (FJ 7) y que no ha variado desde la STC 11/1983, de 2 de diciembre. Aunque el Tribunal no sea partidario de una interpretación amplia del término “afectar” que conduzca a una inutilidad del decreto-ley, parece olvidar, como indica el profesor Aragón Reyes, que el carácter restrictivo de los decretos-leyes, como norma “excepcional”, debiera obligar precisamente a darle ese contenido. *Vid.*, ARAGÓN REYES, M. *Uso y abuso...*, ob. cit., p. 99.

cláusula de no “afectación” por el decreto-ley a los derechos del Título I de la CE. Se trata, por tanto, de un cambio de “una anterior doctrina” del Tribunal “sin aprestar los motivos justificativos del propio cambio” (II.1). A lo que habría que añadir también la conexión que puede existir entre algunos de los derechos o principios constitucionales “no fundamentales” (los del capítulo III del Título I de la CE) con otros que sí tienen este carácter, por situarse en el capítulo II del título I de la CE. Así sucede, por ejemplo, con el derecho a la protección de la salud y el derecho a la vida e integridad física, del art. 15 CE (II.2)¹⁰.

Por otro lado, la prohibición de afectación por el decreto-ley a los derechos del Título I de la CE (incluido el derecho del art. 43 CE) impide no solo la regulación general del derecho por la legislación de urgencia, sino también la de sus elementos esenciales o estructurales. Prohibición que no ha sido respetada por el Decreto-ley 16/2012, al haber realizado el legislador de urgencia una modificación esencial de algunos de los elementos estructurales del derecho a la protección de la salud como los elementos subjetivo y objetivo (II.3)¹¹.

IV. LA EXCLUSIÓN DE LA CONDICIÓN DE ASEGURADO A LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR POR EL DECRETO-LEY 16/2012 NO VULNERA EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DEL ART. 43 CE

El Parlamento de Navarra, desde una perspectiva material, impugna también por infringir el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, el art. 1, apartados 1º y 2º del Decreto-ley 16/2012, que al regular la condición de asegurado y beneficiario, dejaban fuera del sistema sanitario público a los inmigrantes en situación irregular. Algunos de los argumentos en los que se apoya la parte recurrente para considerar inconstitucional la exclusión de este colectivo

¹⁰ Sobre el carácter materialmente fundamental de algunos derechos sociales, por su relación con otros derechos fundamentales y con la dignidad humana, pueden consultarse también los siguientes autores: SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J. (2001) “Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, p. 112; MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2006) “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, *Derechos y libertades*, nº 14, pp. 135-136 y 148; ESCOBAR ROCA, G. (2012): “El derecho a la protección de la salud”. Escobar Roca, Guillermo (dir.): *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, p. 1073; LEÓN ALONSO, M. (2010). *La protección constitucional de la salud*, Madrid. La Ley, pp. 149-150, 165-170 y 369 y CANTERO MARTÍNEZ, J. (2014), “Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas. (Una perspectiva constitucional y desde los compromisos internacionales asumidos por el estado español)”, *Derecho y Salud*, Vol. 24, pp. 130-131.

¹¹ *Vid.* también PONCE SOLÉ, J. (2013), *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 68-69, cuando además de reconocer que los derechos sociales contenidos en el Título I de la CE encajan dentro de la cláusula de prohibición de afectación por el decreto-ley, considera que uno de los elementos esenciales que incide en el régimen general del derecho puede ser la titularidad del derecho. Y cita como ejemplo el Decreto-ley 16/2012, que incide sobre un derecho social, el del art. 43 CE, y “afecta a su titularidad, al establecer una medida regresiva, negando ahora la condición de usuario del servicio público sanitario a determinados colectivos”. Al afectar esta medida regresiva a un derecho, entiende el profesor Ponce que vulnera el art. 86.1 CE.

son los siguientes: que se convierte un sistema universalista de protección de la salud en un sistema de aseguramiento; que es una medida que no respeta el contenido del derecho a la protección de la salud reconocido en diversos textos internacionales ratificados por España y su relación con otros derechos como el derecho a la vida y el derecho a la integridad física; que es una diferencia de trato injustificada y no razonable, proscrita por el art. 14 CE; que carece de justificación ya que no respeta el contenido esencial de los derechos, ni preserva otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, ni tampoco observa la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida (Antecedente 2, e).

El Tribunal Constitucional examina la cuestión planteada en los FFJJ 8 y 10, concluyendo que las normas examinadas “responde[n] a una lícita opción del legislador que queda dentro de su margen de configuración que le es propio, sin que con ello se vulnere el art. 43 CE en relación con el art. 13 CE” (FJ 10). Algunas de las razones que esgrime para justificar la constitucionalidad de las normas impugnadas son las siguientes:

1ª) La sanidad universal, “proclamada legislativamente” [que no constitucionalmente], “ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas”. No significa, por tanto, un “derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se halle en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias” (FJ 8).

2ª) El derecho a la protección de la salud del art. 43 CE es “un derecho de configuración legal” en que “el legislador dispone de un amplio margen de configuración (...), en tanto que [estamos ante un] precepto incluido en el capítulo III del título I CE”. No obstante, “en el desarrollo del art. 43 CE” y en “la articulación del derecho a la protección de la salud”, el legislador regulará “las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el contenido del mandato constitucional” (FJ 8).

3ª) El derecho a la protección de la salud es un derecho que puede “ser modulado en su aplicación a los extranjeros”, es un derecho cuya titularidad y ejercicio puede corresponder a los extranjeros, “según lo [que] dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible una diferencia de trato con los españoles en su ejercicio”¹². De conformidad con una

¹² El Tribunal recurre aquí a la clásica y controvertida distinción tripartita sobre la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España (SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4 y 17/2013, de 31 de enero, FJ 2). “Existen derechos que, en tanto que inherentes a la dignidad humana, corresponden por igual a españoles y extranjeros. Igualmente existen derechos, como los reconocidos en el art. 23 CE en relación con el

jurisprudencia constitucional ya consolidada, “el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes. El legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y, por ello, exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales” (FJ 10).

4ª) Las normas impugnadas del Decreto-ley 16/2012 establecen una nueva regulación de la condición de asegurado y beneficiario del Sistema Nacional de Salud, que supone “un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada”, al optar ahora por un modelo basado principalmente en la conexión del derecho a recibir las prestaciones sanitarias públicas de forma gratuita o bonificada con la cotización al sistema de la Seguridad Social (FJ 10).

5ª) En consecuencia, del nuevo régimen jurídico fijado por el legislador, puede deducirse que este ha actuado dentro del margen de que dispone para “establecer sus prioridades”, sin que “la norma examinada responda a una opción arbitraria”, sino todo lo contrario, esta preserva “bienes o intereses constitucionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público (...), observándose, en la distinción entre extranjeros con autorización de residencia y los que carecen de ella, la debida proporcionalidad y dando cumplimiento a las obligaciones internacionales en la materia” (FJ 10)¹³.

Estamos de acuerdo con algunas de las manifestaciones realizadas por el Tribunal como concebir a la sanidad universal como un objetivo a conseguir por los poderes públicos; o reconocer al derecho a la protección de la salud como un derecho de configuración legal, cuyo ámbito subjetivo y objetivo puede ser determinado y limitado por el legislador, pero

13.2 CE, que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros. Finalmente, un tercer grupo serían aquellos derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”. El Tribunal incluye en este último grupo al derecho a la protección de la salud (FJ 10). Algunas observaciones críticas a esta clasificación tripartita sobre la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España pueden verse, entre otros, en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (2011), “Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 12, pp. 2-9 y MATIA PORTILLA, F. J. (2012), “Los derechos fundamentales de los extranjeros al servicio de la integración de los inmigrantes”. En Matia Portilla, Francisco J., (dir.): *Crisis e inmigración. Reflexiones interdisciplinarias sobre la inmigración en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 288-292.

¹³ De ahí que para el Tribunal no sea reprochable constitucionalmente que el legislador otorgue a los extranjeros sin autorización de residencia la asistencia sanitaria pública gratuita o bonificada en situaciones especiales y que les exija en otros casos “la correspondiente contraprestación en los términos del ya citado Real Decreto 576/2013” (FJ 10). Decreto que prevé la posibilidad de suscribir un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud mediante el abono de una cuantía económica.

preservando otros bienes o intereses constitucionales y de forma proporcional a la finalidad perseguida. Ahora bien, discrepamos de la decisión mayoritaria que declara constitucional la norma impugnada, compartiendo las siguientes razones expuestas por el magistrado Valdés Dal-Ré en su Voto particular:

1ª) En relación a la naturaleza del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, el Tribunal lo define, según su ubicación sistemática, como un derecho prestacional “de configuración legal”. Ahora bien, el Tribunal “olvida la conexión e instrumentalidad de determinados derechos constitucionales “no fundamentales” respecto de otros que sí lo son por ubicarse en el capítulo II del título I” (II.2). Coincidimos con el magistrado discrepante cuando afirma que esa relación de instrumentalidad es trasladable al presente caso entre el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE y el derecho fundamental a la vida y a la integridad física del art. 15 CE Incluso esta conexión instrumental se menciona ya en los AATC 239/2012, de 12 de diciembre (FJ 5); 114/2014, de 8 de abril (FJ 8) y 54/2016, de 1 de marzo (FJ 5)¹⁴. y tiene un reconocimiento expreso “si se acude, tal y como dispone con carácter obligatorio el art. 10.2 CE, a los convenios internacionales de derechos humanos firmados por España y a la interpretación jurisprudencial que de ellos hacen los órganos competentes” (II.2)¹⁵.

2ª) Respecto de la limitación del acceso de los extranjeros sin autorización de residencia a las prestaciones sanitarias por el art. 1.3 del Decreto-ley impugnado, el magistrado Valdés Dal-Ré considera que la modificación del sistema de protección de la salud del que venía disfrutando este colectivo infringe el art. 43 CE por los siguientes motivos (III.1, 2 y 3):

- a) Se trata de una medida “claramente regresiva”, por lo que el Tribunal debería haber realizado, “tarea que sencillamente elude”, un esfuerzo de motivación para explicar detalladamente las razones de la reversibilidad del ámbito subjetivo del derecho social ya alcanzado¹⁶.

¹⁴ Cfr. DELGADO DEL RINCÓN, L.E. “El derecho a la asistencia sanitaria...”, ob. cit., pp. 212-214 y CANTERO MARTÍNEZ, J. “Universalidad y gratuidad...”, ob. cit., pp. 130-131.

¹⁵ Vid., entre otras, las SSTEDH mencionadas en el Voto particular (II.2): asunto *Valentín Câmpeanu c. Rumanía*, 17 de julio de 2014; asunto *Brincat y otros c. Malta*, 24 de julio de 2014; asunto *D. c Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997; asuntos *Nitecki c. Polonia*, de 21 de marzo de 2002, y *Panaitescu c. Rumanía* de 10 de abril de 2012, asuntos *Oyal c. Turquía*, de 23 de marzo de 2010, *Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk c. Turquía*, de 9 de abril de 2013, *Asiye Genc c. Turquía* de 27 de enero de 2015; asunto *Paposhvili c. Bélgica*, de 13 de diciembre de 2016.

¹⁶ Sobre la “irreversibilidad” de las conquistas sociales, con una presunción de inconstitucionalidad de las medidas limitativas de los derechos sociales delimitados legalmente, vid. COURTIS, Christian y ABRAMOVIC, Víctor: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta. Madrid, 2002, pp. 92-116 y GARCÍA

- b) La sentencia de la que se discrepa está privando del acceso gratuito a las prestaciones sanitarias básicas vinculadas a la atención primaria a un colectivo determinado, sin tener en cuenta unos parámetros como “la disponibilidad de medios económicos de quienes quedan excluidos del sistema sanitario público” y con independencia “del origen nacional o la condición administrativa vinculada a la residencia legal”¹⁷.
- c) Para limitar el acceso a la asistencia sanitaria pública a los extranjeros en situación irregular ha de acudirse a la teoría de los límites a los derechos, siendo preciso que estos “estén previstos en la ley, sean necesarios en una sociedad democrática y sean proporcionales al fin que persiguen”. En el caso enjuiciado, puede aceptarse que los límites al ejercicio del derecho están previstos en la ley (entendida en sentido amplio) y que estos pueden considerarse necesarios en una sociedad democrática. Sin embargo, como bien dice el magistrado Valdés Dal-Ré, el límite de “la exclusión declarada no es proporcional al fin que se dice perseguido, que remite a la sostenibilidad financiera del sistema público sanitario” (III.2). En primer lugar, porque la medida limitadora no es coherente “con la finalidad pretendida (...), garantizar la sostenibilidad del sistema, al no haber tenido en cuenta la capacidad económica de aquellos a quienes se excluye”, que es “un colectivo particularmente vulnerable por su condición administrativa y por su situación económica, un colectivo en riesgo de exclusión social, sin tener en cuenta que su falta de recursos económicos les dejará extramuros de cualquier fórmula de asistencia sanitaria, poniendo en riesgo su salud y su integridad física”. En segundo lugar, porque el legislador (de urgencia, el Gobierno) no aporta “una motivación reforzada” como fundamento de la medida adoptada, máxime cuando se trata de “una medida regresiva”.

Llama la atención que el Tribunal Constitucional, al aludir al principio de proporcionalidad,

HERRERA, M.Á. (2003-2004) “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, pp. 292-296. De forma más moderada y matizada se pronuncian AÑÓN ROIG, M.J. (2016) “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?”, *Revista Derechos y Libertades*, nº 34, pp. 57-90; AGUADO I CUDOLÀ, V. y PRADO PÉREZ, R. “Derecho a la protección de la salud..”, ob. cit., pp. 102-103; LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional de la salud..*, ob. cit., pp. 540-542 y PONCE SOLÉ, J. *El derecho y la (ir) reversibilidad...*, ob. cit., pp. 60-62.

¹⁷ Sin perjuicio de que el legislador tenga libertad “para imponer el pago de los servicios sanitarios públicos o no (...), de hecho lo hace también para los españoles a través del mecanismo de copago, sin que a ello obste la redacción del art. 43 CE, que no impone un determinado modelo de prestación pública sanitaria, como bien explica la ponencia”. A lo que podría añadirse también, desde criterios económicos, que la atención en urgencias puede tener un coste superior a la atención primaria, particularmente, en los casos de atención a determinados inmigrantes que padezcan patologías crónicas, que exigirán ingresos hospitalarios por la vía de urgencias. Cfr., en este sentido, el Defensor del Pueblo (2012), *Resolución de 20 de julio de 2012, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril*; KEITH, L. VAN GINNEKEN, E. (2015); European Union Agency for Fundamental Rights; INFORME FRA, European Union Agency for Fundamental Rights, *Cost of exclusion from healthcare. The case of migrants in an irregular situation*, Luxemburgo e INFORME de la Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 REDER (2015), *Radiografía de la reforma sanitaria La universalidad de la exclusión*, Madrid.

no realice una ponderación adecuada y concreta de los bienes o intereses en juego como, al menos, esbozó en los AATC 239/2012, 114/2014 y 54/2016. Como hizo en estos autos, el Tribunal podría haber ponderado, de un lado, el interés general de la sostenibilidad financiera del sistema sanitario público y el beneficio económico que supondría para el Estado la medida de la definición del ámbito subjetivo del sistema público de salud (excluyente de los extranjeros en situación irregular) y, de otro, el interés de preservar el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE y los perjuicios que pudieran ocasionarse a la salud pública e individual de las personas afectadas.

Por todas estas razones, que compartimos con el magistrado Valdés Dal-Ré, la sentencia comentada debió declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 3 *ter* de la Ley 16/2003, en la redacción establecida por el art. 1.3 del Real Decreto-ley 16/2012, que limita el derecho de asistencia sanitaria pública de los extranjeros en situación irregular a determinadas situaciones especiales.